

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

Santiago de Cali, veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Auto Sustanciación No. 353

RADICACIÓN : 76001-33-33-**016-2018-00163-00**
MEDIO DE CONTROL : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE : José Sebastián Soto Molano
DEMANDADO : Nación –Mindefensa –Fuerza Aérea

Procede el Despacho a resolver la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por la parte demandante, contra:

- a. Acta consecutiva 001 de fecha 12 de febrero de 2018.
- b. Acta consecutiva 002 de fecha 13 de febrero de 2018.
- c. Acta consecutiva 003 de fecha 21 de febrero de 2018.
- d. Acta 01-JUCA-2018 de fecha 05 de marzo de 2018.

FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

La parte actora solicitó la suspensión provisional de los citados actos, para lo cual hace una transcripción de los artículos 229, 230 y 231 de la Ley 1437 de 2011 y, en los siguientes términos manifiesta que fundamenta la petición en el escrito de la demanda, que, de un análisis de esta, se puede concluir la procedencia de la medida solicitada.

Expresa que corresponde al Juez, realizar control constitucional por vía de excepción, ordenando la inaplicación de los actos administrativos demandados, pues son evidentemente contrarios a derecho y generan perjuicio al demandante.

Manifiesta que, una vez revisado los requisitos para la procedencia de la medida de suspensión de los actos administrativos, es necesario citar *“salvamento de voto realizado por la Dra. Gloria Montoya Echeverri, Magistrada Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali Valle, donde declararon improcedente la tutela por existir otros mecanismos como el presente caso”*

TRASLADO Y RESPUESTA DE LA PARTE DEMANDADA

El apoderado del Ministerio de Defensa –Fuerza aérea arguye que, “las medidas cautelares tienen como finalidad proteger y garantizar el núcleo del proceso y la efectividad de la sentencia, en virtud del derecho de acceso a la administración de justicia, y la eficacia de los derechos subjetivos, sin embargo, es un mecanismo

para construir pruebas de forma anticipada, para prejuzgar o garantizar supuestos derechos violados al actor por un tercero ajeno a la entidad”.

Que una vez analizados los fundamentos de la solicitud y las pruebas obrantes en el libelo, no es posible que la medida pretendida prospere, dado que la parte demandante no señaló con claridad cuáles fueron las normas superiores violadas con la decisión de la Escuela Militar de Aviación, pero que el Juez Administrativo está obligado a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

Que el demandante no realizó un juicioso análisis de un acto acusado y tampoco indicó porque contraría normas superiores y mucho menos el juez podría hacer tales exámenes ya que estaría haciendo una declaratoria de medida cautelar y eventualmente prejuzgando.

Expone que no existen circunstancias que lleven a concluir que al demandante se le haya afectado o vulnerado normas superiores, ya que la decisión de retirarlo de la Escuela Militar de Aviación se fundó en las normas disciplinarias aplicables y con base en la graduación clara y precisa de las faltas.

De igual forma manifiesta que se opone a lo pretendido ya que con el argumento de dictar una medida cautelar se estaría dictando una decisión de fondo, ya que visiblemente la parte no trajo ningún argumento jurídico, fundamento jurisprudencial, ni soporte probatorio que permita concluir al Despacho que, con el retiro del actor, se violaron normas superiores y mucho menos constatar la configuración de los requisitos legales y jurisprudenciales para conceder la medida cautelar solicitada.

CONSIDERACIONES

El artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que, en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio o en cualquier estado del proceso, **a petición de parte debidamente sustentada**, el juez o magistrado ponente podrá decretar, en providencia motivada, **las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia**. (Resalto y negrillas fuera del texto)

En cuanto a los requisitos para decretar las medidas cautelares el artículo 231 del CPACA dispone:

“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas

allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurran los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”

De las disposiciones traídas a colación es claro que existe la posibilidad que, en forma cautelar, se suspendan los efectos jurídicos de los actos administrativos, cuando se cumplan los siguientes requisitos¹:

- i) La medida cautelar se debe solicitar (no es oficiosa), ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el actor sustente en escrito separado presentado con ésta u otro posterior, siempre y cuando se pida antes de admitir la misma. Lo anterior exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación.
- ii) Que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor, desde esta instancia procesal, es decir, cuando el proceso apenas comienza.
- iii) Para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado.

¹ Sección Quinta, auto del 9 de abril de 2015. Radicación No. 19001-23-33-000-2015-00044-01, C.P (E). Alberto Yepes Barreiro.

iv) Demostrar, aun sumariamente, la existencia de perjuicios cuya indemnización se reclama².

Con base en estos presupuestos, procede el Juzgado a estudiar la solicitud de suspensión provisional.

CASO CONCRETO

El Despacho no encuentra que la parte actora haya sustentado en debida forma y tampoco acreditó sumariamente, la existencia de perjuicios cuya indemnización reclama.

En efecto, la escasa argumentación jurídica de la petición de suspensión provisional – a la que se hizo alusión en precedencia – no permite identificar las normas que considera vulneradas por el acto acusado, pues indicó la normativa que rige a las medidas cautelares. Y tampoco señaló que para el efecto se hacía remisión a las censuras que elevó como concepto de violación, y como tal sustentación, en forma precisa de la solicitud de suspensión provisional, obedece a una expresa exigencia legal es claro, que no se ha cumplido con esa carga motivacional, lo que impide *ab initio* el estudio debido a la falta de soporte de la petición.

En gracia de discusión y revisados ex officio los argumentos consignados en la demanda, solicitud de medida y posteriormente en el auto admisorio de la demanda, se tiene que en cuanto a la nulidad de los actos administrativos solicitada, para la aprobación de la medida solicitada, es necesario un estudio más a fondo y sobre la nulidad de los actos administrativos demandados. Razón suficiente para negar la solicitud, en la medida que no demostró, ni sumariamente, los perjuicios tal y como lo exige el artículo 231 del C.P.A.C.A.

Ante este panorama, imposible resulta suspender los efectos de los actos administrativos demandado, como lo pretende el demandante, pues, se insiste, la petición de suspensión provisional no se sustentó en debida forma. De allí, que suspender los efectos de los actos administrativos acusados, no asegura el objeto del proceso ni el cumplimiento de la sentencia. Razones suficientes para negar la medida cautelar solicitada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Dieciséis Administrativo Oral del Circuito de Cali,

RESUELVE

PRIMERO: NIEGANSE la suspensión provisional solicitada contra los actos administrativos demandados:

- a. Acta consecutiva 001 de fecha 12 de febrero de 2018.
- b. Acta consecutiva 002 de fecha 13 de febrero de 2018.
- c. Acta consecutiva 003 de fecha 21 de febrero de 2018.

² Consúltese Auto del 13 de septiembre de 2012, proferido dentro del proceso radicado 11001-03-28-000-2012-00042-00, y el auto del 4 de octubre de 2012, proferido en el proceso con radicado 11001-03-28-000-2012-00043-00 M. P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

d. Acta 01-JUCA-2018 de fecha 05 de marzo de 2018, por las razones expuestas.

SEGUNDO: En firme el presente auto, córrase traslado de las excepciones formuladas y pase a Despacho para continuar con el trámite ordinario del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**LORENA MARTÍNEZ JARAMILLO
JUEZ**

Firmado Por:

**LORENA SILVANA MARTINEZ JARAMILLO
JUEZ
JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE CALI-VALLE DEL
CAUCA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

536ef20413902c6a084544afcf18681d66060bdf0a767ea036451f303037f871

Documento generado en 22/09/2020 05:34:36 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Auto Interlocutorio N° 441

Radicación: 76001-33-33-006-**2018-00234**-00
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho (Lesividad)
Demandante: Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)
Demandado: Ramón Edilio Giraldo Ocampo
Asunto: Resuelve medida cautelar

El Despacho procede a resolver la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de las resoluciones N° 013002 del 24 de noviembre de 2003¹ y 50786 del 09 de marzo de 2005², solicitada por la Administradora Colombiana de Pensiones, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho presentado contra Ramón Edilio Giraldo Ocampo.

I. ANTECEDENTES.

1.1. La Administradora Colombiana de Pensiones, por intermedio de apoderado judicial, interpuso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del señor Ramón Edilio Giraldo Ocampo con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las resoluciones N° 013002 del 24 de noviembre de 2003 y 50786 del 09 de marzo de 2005, actos administrativos con los que el entonces Instituto de Seguros Sociales reconoció y reliquidó respectivamente la pensión de vejez al demandado.

1.2. Dentro de la demanda, COLPENSIONES solicitó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados³, por cuanto al demandante ya le había sido reconocida una pensión vitalicia de jubilación a través de la Resolución N° 000012 del 29 de enero de 1999, expedida por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON).

II. TRÁMITE.

Mediante Auto de Sustanciación N° 1087 del 24 de septiembre de 2018, este despacho ordenó correr traslado de la medida cautelar a los demás intervinientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 233 del CPACA.

¹ “Por la cual se resuelve una solicitud de Prestaciones Económicas en el Sistema General de Pensiones – Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”.

² “Por la cual se resuelve un recurso de reposición”.

³ Cuaderno N° 2.º

III. OPOSICIÓN.

3.1. La apoderada judicial del señor Ramón Edilio Giraldo Ocampo se opuso a la solicitud de suspensión provisional. A su juicio, la medida cautelar solicitada por COLPENSIONES resulta improcedente, por cuanto la entidad solicita la suspensión provisional de la Resolución N° 013002 del 24 de noviembre de 2003, y no la de sus efectos; así mismo, manifiesta que la medida cautelar no se encuentra debidamente sustentada, por lo que no logra evidenciarse la trasgresión del ordenamiento jurídico con el acto demandado.

3.2. Manifestó que, de acuerdo con los argumentos expuestos por la parte demandante, se extrae que el acto demandado es la Resolución N° 013002 del 24 de noviembre de 2003 y la única supuesta norma violada es el Decreto 758 de 1990, reglamentario del Acuerdo 049 de 1990, porque no se refiere a otras normas.

3.3. Indicó que COLPENSIONES manifiesta que, del estudio realizado al expediente pensional del demandado, se reconoce una pensión de vejez a través de la Resolución N° 013002 del 24 de noviembre de 2003, de manera errónea, por cuanto fue reconocida bajo los parámetros del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

3.4. Se refirió a un concepto del Ministerio del Trabajo en el que se aborda una consulta sobre la compartibilidad pensional y el esquema de cuotas partes pensionales.

2.5. Dijo que el Instituto de Seguros Sociales debió realizar el respectivo trámite administrativo interno una vez fue elevada la petición pensional y corroborar con sus dependencias la información necesaria para acceder al derecho.

2.6. Que la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) no logra demostrar la trasgresión del ordenamiento normativo superior por parte del acto demandando para que se conceda la medida, porque que ella carece de argumento fáctico y jurídico, pues el demandado tiene el derecho reconocido en esa resolución, y que de concederse la medida cautelar sí se verían gravemente afectados los derechos fundamentales del señor Giraldo Ocampo, como la vida, la integridad física, el mínimo vital, la salud, la seguridad social, el debido proceso y su derecho irrenunciable pensional. De igual forma, lo anterior implicaría un daño emocional y material, pues es quien tiene a su cargo el sustento de su núcleo familiar y el propio para su subsistencia.

2.7. Añadió que no se puede dejar de lado que el demandado cuenta con 82 años, que no tiene las capacidades debido a su delicado estado de salud, como tampoco cuenta con la posibilidad de acceder a la vida laboral. Que, por ello, al ponderar los efectos que produciría la medida cautelar, sí se verían gravemente afectados sus derechos fundamentales.

IV. CONSIDERACIONES.

4.1. Competencia.

Este Juzgado es competente para decidir la medida cautelar, de conformidad con los artículos 125 y 233 del CPACA.

4.2. Problema jurídico

El problema jurídico se contrae a resolver si existe mérito para decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados, ante la percepción simultánea de dos pensiones procedentes del erario, una de jubilación por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) y otra de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales (hoy COLPENSIONES).

Para dar solución al problema planteado, el Despacho analizará i) la oportunidad y requisitos de las medidas cautelares en el CPACA, ii) la prohibición de percibir dos asignaciones del erario y, iii) abordará el caso concreto.

4.3. Oportunidad y requisitos de las medidas cautelares en el CPACA

2.1. En primer lugar, se considera oportuno hacer referencia al marco normativo que regula la oportunidad y los requisitos para el decreto de una medida cautelar. Así, se tiene que los artículos 229, 230 y 231 del CPACA prevén:

“Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...)

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

(...)

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del

Radicación: 76001-33-33-016-2018-00234-00
M. de control: Nulidad y restablecimiento del derecho – (Lesividad)
Demandante: COLPENSIONES
Demandado: Ramón Edilio Giraldo Ocampo

análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.

De la lectura de los preceptos aludidos se extrae que, a pesar de enunciarse algunas de las medidas que se pueden adoptar por el juez de la causa, lo cierto es que el legislador le dio un margen de libertad⁴ para que éste decrete las que considere necesarias. De igual manera, se señalan unos requisitos adicionales a los tradicionales que son: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses, que se encuentran tipificados en el artículo 231.

En el caso de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados bajo la vigencia del CPACA, el Consejo de Estado ha señalado cuáles son los requisitos que se deben satisfacer para su decreto, así:

“Del texto normativo transcrito se desprenden, para la procedencia de la medida cautelar, los siguientes requisitos: i) que se invoque a petición de parte, ii) que exista una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados”⁵.

En todo caso, el tribunal de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo también ha sentado su posición en relación con el amplio margen de análisis que se autoriza y exige al juez de conocimiento en relación con la valoración de las disposiciones normativas que se pueden ver violadas con el acto administrativo objeto del estudio de legalidad, pese a que no sean invocadas. Al respecto, el Consejo de Estado (2019)⁶ se ha pronunciado así:

“Ahora bien, dentro del catálogo de medidas se incluyó la suspensión provisional de los actos administrativos, la cual se encamina a conjurar temporalmente sus efectos y, en lo que concierne al medio de control de simple nulidad, puede decretarse por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en el escrito que contenga la solicitud de la medida, cuando tal violación surja: a) del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o b) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Por su parte, esta Corporación ha aclarado que al tenor de lo dispuesto en el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) la medida precautoria solo procedía cuando existiera una «manifiesta infracción» de las normas superiores por parte de la disposición enjuiciada, mientras que bajo el marco regulatorio del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no se exige que esta sea evidente, ostensible, notoria, palmaria, a simple vista o «prima facie». En tal sentido, se ha concluido:

Así mismo esta Corporación ha señalado que el CPACA «amplió el campo de análisis que debe adelantar el juez competente y el estudio de los argumentos y fundamentos que se deriven de la aplicación normativa o cargos formulados contra el acto administrativo demandado que podrán servir de apoyo a la

⁴ Enmarcada dentro de la proporcionalidad.

⁵ Consejo de Estado; Sección Primera; Auto del 30 de enero de 2018; Expediente 11001-03-24-000-2014-00199-00; C.P. María Elizabeth García González.

⁶ Consejo de Estado; Sección Segunda; Sentencia del 09 de diciembre de 2019; Expediente 25000-23-42-000-2018-01189-01(2369-19); C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas.

decisión de suspensión provisional, dando efectivamente prelación al fondo sobre la forma o sobre aspectos eminentemente subjetivos», lo cual, implica el estudio de la vulneración respecto (sic) de las normas superiores invocadas junto la interpretación y aplicación desarrollada jurisprudencialmente en sentencias proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción.

En este orden de ideas, el juez de lo contencioso administrativo, previo análisis del contenido del acto acusado, de las normas invocadas como vulneradas y de los elementos probatorios allegados con la solicitud de medida cautelar, está facultado para determinar si la decisión enjuiciada vulnera el ordenamiento jurídico y, en caso afirmativo, suspender el acto para que no produzca efectos”.

4.4. La prohibición de percibir dos asignaciones del erario.

Desde la Constitución Política de 1886⁷, existe en nuestro ordenamiento jurídico una prohibición de percibir de manera simultánea dos asignaciones provenientes del tesoro público, prohibición que se mantiene en la vigente Constitución Política de 1991, que en su artículo 128 prevé:

“Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

En la sentencia C-133 de 1993⁸, en la que se estudia la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, la Honorable Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

“d. El artículo 128 de la Constitución Nacional.

Este mandato constitucional consagra una incompatibilidad que consiste en la prohibición de desempeñar simultáneamente dos o mas cargos públicos y de recibir mas de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, además de autorizar a la ley para fijar los casos en que no opera dicha prohibición.

Tal incompatibilidad está redactada en los siguientes términos:

“Nadie podrá desempeñar simultáneamente mas de un empleo público ni recibir mas de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los caos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

Esta disposición apareció por primera vez en la Constitución Política de 1886 cuando el constituyente de esa época prescribió: "Nadie podrá recibir dos sueldos del tesoro público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes" (art. 64). Este precepto, como se lee en los antecedentes legislativos obedeció al deseo del

⁷ **“Artículo 64.** Nadie podrá recibir dos sueldos del Tesoro público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes”.

⁸ Corte Constitucional; Sentencia C-133 de 1993; M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

constituyente de evitar posibles abusos por parte de los empleados públicos, al permitírseles la acumulación de cargos y por ende de sueldos.

Posteriormente se expidió el acto legislativo No. 1 de 1936 cuyo artículo 23 modificó el 64 de la Carta de 1886 en el sentido de cambiar el término "sueldo" por el de "asignación" con el fin de incluir allí toda clase de remuneraciones, emolumentos, honorarios, etc., que pudieren percibirse del erario público; amplió el campo de cobertura de la disposición al extender su aplicación a las empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, y precisó el significado y alcance de la expresión "tesoro público" en el sentido de comprender "el de la nación, los departamentos y los municipios", dejando incólume la parte de la norma que autorizaba a la ley para señalar excepciones a dicha regla general.

La citada norma, que rigió hasta la expedición de la nueva Carta Política, dispuso:

“Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y los municipios”.

Como se puede apreciar, en la Constitución de 1991 se conserva el precepto antes vigente en su integridad, agregándole la prohibición que tiene toda persona de desempeñar mas de un cargo público, y adecuando su texto a la nueva normatividad, al extenderse la definición de tesoro público, también al patrimonio correspondiente a las entidades descentralizadas”.

Por su parte, el Honorable Consejo de Estado también se ha referido a la prohibición de que trata el artículo 128 constitucional y reitera que la extensión que se brinda al concepto de “asignación” cobija las distintas remuneraciones que se perciban del tesoro público, v. gr., las pensiones. Al respecto, el tribunal de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa se ha referido en los siguientes términos:

“(…)

21. De acuerdo con lo anterior, se tiene que la prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público viene desde la constitución de 1886, siendo reiterada en la Carta Política de 1991 que explícitamente impide: i) desempeñar más de un empleo en forma simultánea, y ii) recibir más de una asignación del tesoro público, salvo las excepciones que expresamente previstas en la ley.

22. Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia C-133 del 1° de abril de 1993, definió el alcance de la expresión “*asignación*” como:

“(…) **El término “asignación” comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc.** Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley 4a. de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno. Aún en el remoto caso de que se hubiere concluído que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo 19, objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo. (...)” (Destacado fuera de texto).

23. Al respecto el Consejo de Estado ha manifestado: “(…) Como se indicó anteriormente, la Constitución Política establece la prohibición de recibir más de una asignación proveniente de varios empleos públicos y de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, situación que configura la

incompatibilidad de salarios y pensiones, reconocida pacíficamente en el ordenamiento jurídico. (...)”

24. Pues bien, dentro de esta prohibición ha de entenderse no sólo la percepción de más de una asignación proveniente de varios empleos públicos, sino la de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, tales como las pensiones”⁹.

De lo anterior, resulta acertado afirmar que existe una prohibición constitucional a percibir de manera simultánea más de una asignación proveniente del tesoro público, salvo las excepciones previstas en el mismo ordenamiento, como por ejemplo la pensión gracia para el personal docente que cumplía con los requisitos de ley.

4.5. Caso concreto.

4.5.1. COLPENSIONES solicitó que se decretara la suspensión provisional de las resoluciones N° 013002 del 24 de noviembre de 2003 y 50786 del 09 de marzo de 2005, actos administrativos con los que el entonces Instituto de Seguros Sociales reconoció y reliquidó respectivamente la pensión de vejez al demandado, pues se encuentra percibiendo dos pensiones del tesoro público, la de jubilación reconocida a través de la Resolución N° 000012 del 29 de enero de 1999, expedida por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON), y la de vejez reconocida por el entonces Instituto de Seguros Sociales, y que constituyen los actos demandados.

4.5.2. Por su parte, en la oposición a la medida cautelar, la parte demandada indicó que la entidad demandante debió consultar el expediente administrativo al momento de expedir las resoluciones e indicó que el señor Giraldo Ocampo se vería afectado en sus derechos fundamentales en caso de decretarse la medida cautelar solicitada.

4.5.3. El Despacho, una vez revisada Resolución N° 000012 del 29 de enero de 1999, expedida por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON), advierte que en su parte motiva se indica que en virtud del artículo 2° del Decreto 1293 de 1994, al señor Ramón Edilio Giraldo Ocampo le resultaba aplicable el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la que el régimen pensional aplicable era el contenido en la Ley 33 de 1985. Ante la verificación del cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 33, FONPRECON reconoció la pensión de jubilación condicionada a la acreditación del retiro del servicio, pues deja claro en su parte resolutive que el disfrute de la pensión es incompatible con el desempeño de cualquier cargo público. Una vez se produjo su retiro del servicio, la pensión reconocida fue reajustada.

4.5.4. En la parte considerativa de la Resolución N° 000012 del 29 de enero de 1999, expedida FONPRECON, la entidad relaciona el tiempo de servicios prestados para efectos del reconocimiento pensional, así:

Distribución a cargo de:	A	M	D
INSTITUTO DE SEGUROS SECCIONAL VALLE 16 julio/59 a 24 octubre/78 Menos 6 días de licencia no remunerada.	19	3	3
CÁMARA DE REPRESENTANTES	1	11	-

⁹ Consejo de Estado; Sección Segunda; Sentencia del 05 de junio de 2020; Expediente 47001-23-33-000-2014-00172-01(2361-19); C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Radicación: 76001-33-33-016-2018-00234-00
M. de control: Nulidad y restablecimiento del derecho – (Lesividad)
Demandante: COLPENSIONES
Demandado: Ramón Edilio Giraldo Ocampo

1 enero/96 a 30 noviembre/97			
TOTAL	21	2	3

4.5.5. El Instituto de Seguros Sociales, en la Resolución N° 013002 del 24 de noviembre de 2003, no relacionó el tiempo de servicios tenido en cuenta para reconocer la pensión de vejez, pero en la demanda sí se afirma que el tiempo de servicio que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez fue el mismo que tuvo en cuenta FONPRECON para reconocer la pensión de jubilación, afirmación que no fue desvirtuada en la oposición a la medida cautelar y en la historia laboral aportada al expediente tampoco se advierten cotizaciones adicionales a las relacionadas por FONPRECON en la resolución que reconoció la pensión de jubilación.

4.5.6. En ese sentido, se considera que efectivamente se presenta una doble asignación proveniente del erario, pues los tiempos que reflejan la historia laboral que obra como prueba, permiten concluir que efectivamente se tuvo en cuenta el mismo tiempo de servicio para el reconocimiento de dos prestaciones diferentes, pero ambas son pagaderas por entidades del estado, en contravía de la prohibición de que trata el artículo 128 constitucional.

4.5.7. En relación con la acreditación del perjuicio, ésta se da porque el pago de una pensión reconocida en contravención de la ley, comporta una afectación a la sostenibilidad del sistema general de seguridad social en pensiones.

4.5.8. Ahora bien, en cuanto a los argumentos esbozados en la oposición a la medida cautelar, se observa que no existe un argumento que desvirtúe el hecho de que dos prestaciones reconocidas cuenten con un mismo tiempo de servicio, razón por la que no serán acogidos. En lo que atañe a la presunta afectación a los derechos fundamentales del señor Giraldo Ocampo, se estima que, al estar percibiendo de manera simultánea dos pensiones, es cierto que se pueda presentar una afectación, pero no se puede desechar la premisa de que la decisión de suspender los efectos de los actos demandados no afecta el reconocimiento pensional realizado por FONPRECON.

4.5.9. Es así como, ante la pugna de los derechos fundamentales alegados en la oposición frente a la protección del sistema general de seguridad social, el Despacho encuentra justificación para brindar protección al último, porque como se dijo, el señor Ramón Edilio aún percibiría el pago de la pensión de jubilación de FONPRECON, por lo que son insuficientes los argumentos esgrimidos por su defensa para obviar la oposición predicable entre los actos demandados y la prohibición constitucional contenida en el artículo 198 de la carta.

4.5.10. Corolario de lo anterior, ante la contraposición palpable entre los actos demandados y la prohibición de percibir dos asignaciones del tesoro público, resulta procedente decretar la suspensión de las resoluciones N° 013002 del 24 de noviembre de 2003 y 50786 del 09 de marzo de 2005.

En consecuencia se,

DISPONE:

ACCEDER a la medida cautelar solicitada por la parte demandante y, en consecuencia, **DECRETAR** la suspensión provisional de los de las resoluciones N° 013002 del 24 de noviembre de 2003 y 50786 del 09 de marzo de 2005, actos administrativos con los que el entonces Instituto de Seguros Sociales reconoció y

Radicación: 76001-33-33-016-2018-00234-00
M. de control: Nulidad y restablecimiento del derecho – (Lesividad)
Demandante: COLPENSIONES
Demandado: Ramón Edilio Giraldo Ocampo

reliquidó respectivamente la pensión de vejez al señor Ramón Edilio Giraldo Ocampo, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LORENA MARTÍNEZ JARAMILLO
Juez

Firmado Por:

LORENA SILVANA MARTINEZ JARAMILLO
JUEZ
JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE CALI-VALLE DEL
CAUCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
b5f407b69bca78fe3e5076cc50f0aa5f8ce12cb7b1e1f5b772100f86d3ec97f3
Documento generado en 24/09/2020 05:40:42 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Auto Interlocutorio N° 443

Radicación: 76001-33-33-006-**2018-00279**-00
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho (Lesividad)
Demandante: Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)
Demandado: Hever de Jesús Montoya González
Asunto: Resuelve medida cautelar

El Despacho procede a resolver la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de las resoluciones SUB 2951 del 08 de marzo de 2017¹ y SUB 135151 del 25 de julio de 2017², solicitada por la Administradora Colombiana de Pensiones, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho presentado contra Hever de Jesús Montoya González.

I. ANTECEDENTES.

1.1. La Administradora Colombiana de Pensiones, por intermedio de apoderado judicial, interpuso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del señor Hever de Jesús Montoya González con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las resoluciones SUB 2951 del 08 de marzo de 2017 y SUB 135151 del 25 de julio de 2017.

1.2. Dentro de la demanda, COLPENSIONES solicitó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados³, por cuanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, a través de la sentencia N° 63 del 07 de junio de 2016, ordenó que al demandado se le reconociera una pensión especial de vejez, de conformidad con el artículo 3° del Decreto 1281 de 1994, en cuantía para el año 2016 de \$797.091.

1.3. El Juzgado 12 Administrativo Oral del Circuito de Cali, en sede de acción de tutela, ordenó por sentencia N° 169 del 29 de noviembre de 2016 que se realizara un estudio por parte de COLPENSIONES entre la pensión de vejez ordinaria reconocida por Resolución GNR 265237 del 23 de octubre de 2013 y la pensión especial de vejez reconocida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y aplicara el principio de favorabilidad, con el fin de que se le otorgara la que resultara más beneficiosa.

¹ “Por medio de la cual se resuelve un tramite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida (Vejez – Cumplimiento de Tutela)”.

² “POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN TRAMITE DE PRESTACIONES ECONOMICAS EN EL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA VEJEZ- CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA.”.

³ Fls. 8-10.

Radicación: 76001-33-33-016-2018-00279-00
M. de control: Nulidad y restablecimiento del derecho – (Lesividad)
Demandante: COLPENSIONES
Demandado: Hever de Jesús Montoya González

1.4. Después de adelantarse un incidente de desacato ante el incumplimiento de la sentencia de tutela, COLPENSIONES profirió la Resolución SUB 2951 del 08 de marzo de 2017 y decidió reconocer la pensión ordinaria de vejez en los términos de la Resolución GNR 265237 del 23 de octubre de 2013.

1.5. Con posterioridad, la entidad expidió la Resolución SUB 135151 del 25 de julio de 2017, con la que dio alcance a la Resolución SUB 2951 del 08 de marzo de 2017 y ordenó mantener la mesada pensional de la pensión de vejez y reconoció un pago único por diferencias pensionales de conformidad con la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

II. TRÁMITE.

Mediante Auto de Sustanciación N° 1354 del 05 de diciembre de 2018, este despacho ordenó correr traslado de la medida cautelar a los demás intervinientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 233 del CPACA.

III. OPOSICIÓN.

3.1. El apoderado judicial del señor Hever de Jesús Montoya González se opuso a la solicitud de suspensión provisional. A su juicio, la medida cautelar solicitada por COLPENSIONES no se encuentra debidamente sustentada para su decreto y mucho menos se puede inferir razonablemente que la suspensión de las resoluciones demandadas son necesarias para proteger o garantizar el objeto del proceso y/o la efectividad de la sentencia. Por el contrario, indica, las resoluciones demandadas dan fe del estudio serio y los motivos jurídicos que tuvo el Juzgado 12 Administrativo Oral de Cali y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali a través de sus respectivas providencias.

3.2. Manifestó que lo pretendido por la entidad demandante es el desconocimiento de la pensión de vejez del señor Hever de Jesús Montoya González, adquirido por reunir los requisitos de edad y semanas cotizadas de acuerdo con el artículo 12 del Decreto 758 de 1990. Con una tasa de liquidación equivalente al 90% por tener más de las 1.250 semanas de cotización al cumplimiento de la edad de 60 años.

3.3. Agregó que, en los años 2003 y 2008, el demandante solicitó al entonces Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión especial de vejez por exposición a altas temperaturas, y presentó demanda ordinaria laboral en el año 2009. Dijo, que la pensión especial de vejez estaba consagrada en el Decreto 1281 de 1994, en concordancia con el Decreto 2090 de 2003, y que, conforme al artículo 10 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, estableció una tasa de reemplazo del 79%.

3.4. Expuso que para la fecha en la que se adoptó la decisión por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (2016), en relación con la pensión especial de vejez, la misma resultó inocua, pues en el transcurso del litigio, el señor Montoya González cumplió 60 años y contaba con más de 1.250 semanas que le daban derecho a una mesada pensional con una tasa de reemplazo del 90% de conformidad con el Decreto 758 de 1990, aplicable en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005. En esos términos COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez al demandado, a través de la Resolución GNR 265237 del 23 de octubre de 2013, acto administrativo que no es objeto de censura.

2.5. Dijo que la medida cautelar no está debidamente fundada en derecho, pues lo pretendido es la aplicación de las normas propias de la pensión especial de vejez (Decreto 1281 de 1994) a la pensión ordinaria de vejez (Decreto 758 de 1990), sin que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali hubiese facultado a la entidad a hacerlo, como lo hizo de manera incorrecta con la Resolución GNR 217122 del 25 de julio de 2016.

2.6. Señaló que la entidad comete un grave error al confundir la pensión especial de vejez reconocida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali bajo las disposiciones del Decreto 1281 de 1994, que establece una tasa de reemplazo del 79%, con la pensión ordinaria de vejez de que trata el Decreto 758 de 1990 y que dispone, en caso de sobrepasar las 500 semanas, un aumento del 3% en la tasa de reemplazo por cada 50 semanas adicionales, sin que pueda exceder del 90%.

2.7. Añadió que ninguna de las normas citadas por la parte demandante, como lo son el Decreto 758 de 1990, la Ley 797 de 2003 y la Ley 1437 de 2011, confrontadas con los actos demandados, permiten inferir razonablemente que fueron violadas. Se puede dejar de lado que el demandado cuenta con 82 años, que no tiene las capacidades debido a su delicado estado de salud, como tampoco cuenta con la posibilidad de acceder a la vida laboral. Que, por ello, al ponderar los efectos que produciría la medida cautelar, sí se verían gravemente afectados sus derechos fundamentales.

2.8. En relación con los perjuicios, dijo que no se encuentran acreditados siquiera sumariamente.

IV. CONSIDERACIONES.

4.1. Competencia.

Este Juzgado es competente para decidir la medida cautelar, de conformidad con los artículos 125 y 233 del CPACA.

4.2. Problema jurídico

El problema jurídico se contrae a resolver si existe mérito para decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados, ante la existencia de una decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que ordenó reconocer la pensión especial de vejez en una cuantía determinada, en favor del señor Hever Jesús Montoya González.

Para dar solución al problema planteado, el Despacho analizará i) la oportunidad y requisitos de las medidas cautelares en el CPACA y, ii) abordará el caso concreto.

4.3. Oportunidad y requisitos de las medidas cautelares en el CPACA

2.1. En primer lugar, se considera oportuno hacer referencia al marco normativo que regula la oportunidad y los requisitos para el decreto de una medida cautelar. Así, se tiene que los artículos 229, 230 y 231 del CPACA prevén:

“Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...)

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

(...)

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.

De la lectura de los preceptos aludidos se extrae que, a pesar de enunciarse algunas de las medidas que se pueden adoptar por el juez de la causa, lo cierto es que el legislador le dio un margen de libertad⁴ para que éste decrete las que considere necesarias. De igual manera, se señalan unos requisitos adicionales a los tradicionales que son: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses, que se encuentran tipificados en el artículo 231.

En el caso de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados bajo la vigencia del CPACA, el Consejo de Estado ha señalado cuáles son los requisitos que se deben satisfacer para su decreto, así:

“Del texto normativo transcrito se desprenden, para la procedencia de la medida cautelar, los siguientes requisitos: i) que se invoque a petición de parte, ii) que exista

⁴ Enmarcada dentro de la proporcionalidad.

una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados”⁵.

En todo caso, el tribunal de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo también ha sentado su posición en relación con el amplio margen de análisis que se autoriza y exige al juez de conocimiento en relación con la valoración de las disposiciones normativas que se pueden ver violadas con el acto administrativo objeto del estudio de legalidad, pese a que no sean invocadas. Al respecto, el Consejo de Estado (2019)⁶ se ha pronunciado así:

“Ahora bien, dentro del catálogo de medidas se incluyó la suspensión provisional de los actos administrativos, la cual se encamina a conjurar temporalmente sus efectos y, en lo que concierne al medio de control de simple nulidad, puede decretarse por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en el escrito que contenga la solicitud de la medida, cuando tal violación surja: a) del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o b) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Por su parte, esta Corporación ha aclarado que al tenor de lo dispuesto en el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) la medida precautoria solo procedía cuando existiera una «manifiesta infracción» de las normas superiores por parte de la disposición enjuiciada, mientras que bajo el marco regulatorio del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no se exige que esta sea evidente, ostensible, notoria, palmaria, a simple vista o «prima facie». En tal sentido, se ha concluido:

Así mismo esta Corporación ha señalado que el CPACA «amplió el campo de análisis que debe adelantar el juez competente y el estudio de los argumentos y fundamentos que se deriven de la aplicación normativa o cargos formulados contra el acto administrativo demandado que podrán servir de apoyo a la decisión de suspensión provisional, dando efectivamente prelación al fondo sobre la forma o sobre aspectos eminentemente subjetivos», lo cual, implica el estudio de la vulneración respecto (sic) de las normas superiores invocadas junto la interpretación y aplicación desarrollada jurisprudencialmente en sentencias proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción.

En este orden de ideas, el juez de lo contencioso administrativo, previo análisis del contenido del acto acusado, de las normas invocadas como vulneradas y de los elementos probatorios allegados con la solicitud de medida cautelar, está facultado para determinar si la decisión enjuiciada vulnera el ordenamiento jurídico y, en caso afirmativo, suspender el acto para que no produzca efectos”.

4.4. Caso concreto.

4.4.1. COLPENSIONES solicitó que se decretara la suspensión provisional de las resoluciones SUB 2951 del 08 de marzo de 2017 y SUB 135151 del 25 de julio de 2017, actos administrativos expedidos en cumplimiento de sentencias judiciales que mantuvieron el reconocimiento de la pensión ordinaria de vejez en los términos de la Resolución GNR 265237 del 23 de octubre de 2013⁷ y ordenaron el pago de las

⁵ Consejo de Estado; Sección Primera; Auto del 30 de enero de 2018; Expediente 11001-03-24-000-2014-00199-00; C.P. María Elizabeth García González.

⁶ Consejo de Estado; Sección Segunda; Sentencia del 09 de diciembre de 2019; Expediente 25000-23-42-000-2018-01189-01(2369-19); C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas.

⁷ “Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de VEJEZ”.

diferencias pensionales reconocidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en sentencia de segunda instancia, respectivamente.

4.4.2. En primer lugar, resulta necesario precisar que en el presente caso se presentan dos tipos de prestaciones diferentes, una es la pensión especial de vejez reglamentada por el Decreto 1281 de 1994 y otra es la pensión ordinaria de vejez de que trata el artículo 758 de 1990. En ese sentido, resulta conveniente delimitarlas con el fin de brindar claridad al asunto que se estudia, por cuanto existen dos fuentes de reconocimiento de las mencionadas prestaciones, una por decisión judicial y la otra por decisión de la administradora del fondo pensional.

4.4.3. En relación con la primera prestación, la pensión especial de vejez, debe decirse que su reconocimiento se produjo a través de la sentencia N° 63 del 07 de junio de 2016, dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con ocasión al proceso ordinario laboral promovido por el aquí demandado en el año 2009. En la parte resolutive de la decisión de segunda instancia se consignó:

“PRIMERO: REVOCAR los numerales PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, y SEXTO de la sentencia apelada.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES y por COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL COBRES DE COLOMBIA, “C.I COBRES DE COLOMBIA LTDA”. En consecuencia, se declara que Hever de Jesús Montoya de condiciones civiles anotadas causó la prestación especial de vejez contenida en el Artículo 3 Decreto 1281 de 1994, el 23 de septiembre de 2006; con fecha de disfrute el 31 de agosto de 2013.

TERCERO: Condenar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante Hever de Jesús Montoya de condiciones civiles anotadas la suma de \$ 32.962.239 por concepto de retroactivo causado entre el 31 de agosto de 2013 al 1 de abril de 2016. Se fija como valor de la mesada para el año en curso \$797.091, misma que deberá pagarse en trece (13) mesadas anuales, e incrementarse anualmente conforme al IPC.

CUARTO: Condenar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante Hever de Jesús Montoya de condiciones civiles anotadas los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir de la ejecutoria de esta sentencia, mismos que serán procedentes hasta que se efectué el pago total del retroactivo.

QUINTO: SE AUTORIZA AL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a descontar, del retroactivo pensional, lugar en razón de los aportes al sistema general de seguridad social en salud del actor.

(...)”.

Resulta claro que la parte resolutive de la sentencia hizo específica referencia a la pensión especial de vejez, por cuanto ese era la pretensión de la demanda.

4.4.4. No obstante lo anterior, para el año 2013, mientras el proceso judicial por el reclamo del reconocimiento de la pensión especial de jubilación del señor Montoya González se encontraba activo, la entidad demandante expidió la Resolución GNR 265237 del 23 de octubre de 2013, que le reconoció la pensión ordinaria de vejez al demandado, de conformidad con el Decreto 758 de 1990, aplicable en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en una cuantía del 90%, por contar con 1.327

acreditadas. Entonces, resulta claro que en cabeza del demandante confluyeron en un momento dos reconocimientos pensionales que resultan incompatibles entre sí.

4.4.5. Con ocasión a la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, COLPENSIONES expidió la Resolución GNR 217122 del 25 de julio de 2016, con la que se pretendía darle cumplimiento, modificó el monto de la pensión reconocida en la Resolución GNR 265237 del 23 de octubre de 2013, siendo prestaciones con naturaleza diferente, lo que originó que el señor Montoya González acudiera a la acción constitucional de tutela para la protección de sus derechos fundamentales.

4.4.6. La acción constitucional fue conocida por el Juzgado 12 Administrativo Oral del Circuito de Cali, que al evidenciar la vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, el mínimo vital y la vida digna, decidió ampararlos y ordenar que COLPENSIONES realizara un nuevo estudio al expediente pensional del aquí demandado y analizara la compatibilidad entre las pensiones reconocidas (especial de vejez y ordinaria de vejez) y en aplicación al principio de favorabilidad en la interpretación de la ley laboral, determinara cuál resultaba más beneficiosa al señor Montoya González.

4.4.7. Ante el incumplimiento de COLPENSIONES a la sentencia de tutela, se inició y tramitó un incidente de desacato, una vez se impuso la sanción por la juez de primera instancia, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en sede jurisdiccional de consulta, consideró lo siguiente:

“(…)

Este aparte jurisprudencial es enfático en indicar que cuando haya duda en la aplicación de fuentes normativas, la autoridad debe revisar cuál sería la que más le favorece al trabajador, o lo que es lo mismo, tener en cuenta la condición más beneficiosa para aquel atendiendo al principio laboral de irrenunciabilidad a los beneficios, y bajo esa égida, la Sala encuentra que Colpensiones (sic) no realizó el estudio de favorabilidad frente al derecho a la seguridad social del tutelante, porque si bien es cierto la Juez de primera instancia le ordenó en forma general dar alcance a este principio, debe entenderse que dicho análisis comportaba la confrontación entre las pensiones especial y ordinaria de vejez que actualmente están reconocidas en cabeza del señor Montoya González, para concluir necesariamente que la pensión otorgada con base en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 758 de 1990 es la que más le favorece, teniendo en cuenta además que el actor ya manifestó su deseo de continuar percibiendo esta última.

Por estas razones no puede aceptarse la afirmación de Colpensiones según la cual, ya cumplió la orden impuesta en la sentencia de tutela, cuando lo que hizo fue modificar el monto de la pensión ordinaria de vejez del señor Montoya González so pretexto de cumplir la orden judicial del Juez Laboral, y aquel sólo se refirió al reconocimiento de una pensión de carácter especial y diferente a la ya percibida por el tutelante, pero en cuantía inferior.

(…)”⁸ (Subrayado del Despacho).

4.4.7. Con ocasión a esa decisión, COLPENSIONES expidió las resoluciones SUB 2951 del 08 de marzo de 2017 y SUB 135151 del 25 de julio de 2017, que son objeto de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

⁸ Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca; Auto Interlocutorio N° 033 del 08 de febrero de 2017; Expediente 76001-33-33-012-2016-00490-01; M.P. Oscar Alonso Valero Nisimblat (Fls. 34-43 del expediente).

Radicación: 76001-33-33-016-2018-00279-00
M. de control: Nulidad y restablecimiento del derecho – (Lesividad)
Demandante: COLPENSIONES
Demandado: Hever de Jesús Montoya González

4.4.8. Una vez se dejó sentado lo anterior, se considera que no existe mérito para decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, pues de la confrontación de los mismos con las disposiciones que se aducen como violadas, no se advierte la oposición manifiesta a los postulados legales, pues tanto la pensión especial de vejez reconocida en la jurisdicción ordinaria, como la de vejez reconocida por la Resolución GNR 265237 del 23 de octubre de 2013, tuvieron en cuenta los supuestos fácticos y jurídicos aplicables al caso. Así mismo, se destaca que la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali se refiere específicamente a la pensión especial de vejez que fue reclamada en el proceso promovido en el 2009, pero que ante la negativa del entonces Instituto de Seguros Sociales, el señor Montoya González continuó realizando cotizaciones al sistema general de seguridad social y fue por eso que le fue reconocida la pensión ordinaria de vejez regulada en el Decreto 758 de 1990, en el año 2013, esto es, mucho antes del reconocimiento de la pensión especial de vejez.

4.4.8. De esta manera, no se observan argumentos con soporte jurídico que permitan aplicar la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en relación con la prima especial de vejez, a la pensión ordinaria de vejez, por cuanto los fundamentos normativos que regulan cada una, son diferentes. Aunado a lo anterior, no se encuentra probado en el expediente que exista una decisión judicial en relación con la pensión ordinaria de vejez reconocida por la Resolución GNR 265237 del 23 de octubre de 2013 que afecte de manera alguna su presunción de legalidad.

4.4.9. Corolario de lo anterior, para el Despacho no se encuentran satisfechos los requisitos exigidos en el artículo 231 del CPACA para la adopción de la medida cautelar solicitada, por lo que tal solicitud se despachará de manera desfavorable.

En consecuencia se,

DISPONE:

NEGAR la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos demandados solicitada por la parte demandante, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LORENA MARTÍNEZ JARAMILLO
Juez

Firmado Por:

LORENA SILVANA MARTINEZ JARAMILLO
JUEZ
JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE CALI-VALLE DEL CAUCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez

Radicación: 76001-33-33-016-2018-00279-00
M. de control: Nulidad y restablecimiento del derecho – (Lesividad)
Demandante: COLPENSIONES
Demandado: Hever de Jesús Montoya González

jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario
2364/12

Código de verificación:

802310f8c7f3a7f77230745c1c65183c2228a9697d9fbebfaa43f6e41b3ae959

Documento generado en 25/09/2020 03:49:39 p.m.